

Sentencia T-042/20

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Fundamental y prevalente

DERECHO A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Protección constitucional reforzada en el ámbito interno y en el ámbito internacional

DERECHO A LA SALUD-Mecanismos esenciales e interrelacionados de disponibilidad, calidad, aceptabilidad y accesibilidad, según Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

DERECHO A LA SALUD-Importancia de la accesibilidad como elemento esencial

DERECHO A LA SALUD DEL MENOR-Accesibilidad como requisito inherente al ejercicio efectivo de este derecho

REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Reiteración de jurisprudencia

FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Régimen de beneficiarios de servicios de salud

Los menores de edad, entregados en custodia legal por la autoridad competente, tienen derecho ser incluidos al Subsistema de Salud del Magisterio, en calidad de beneficiarios de los docentes cotizantes encargados de su cuidado, pues, de lo contrario se desconocen los principios de igualdad, solidaridad, acceso al sistema de seguridad social y los derechos fundamentales de protección que deben garantizarle a los niños, niñas y adolescentes

CUSTODIA DE MENORES DE EDAD-Marco normativo

CUSTODIA PROVISIONAL EN EL SISTEMA DE SALUD-Alcance cuando custodia está a cargo de abuela

Cuando la custodia es entregada a una persona distinta a los padres, es deber de quien la asume proporcionarle al menor todas las garantías necesarias, entre ellas, la atención en salud, en cumplimiento del propósito de restablecimiento de los derechos implícitos en ella

DERECHO A LA SALUD Y AFILIACION A LA SEGURIDAD SOCIAL DE MENOR DE EDAD-Orden de mantener activa la afiliación de la menor, en calidad de beneficiaria de la abuela durante el tiempo en que la custodia permanezca a su cargo

Referencia: Expediente T-7.518.777

Acción de tutela instaurada por AGM en calidad de agente oficiosa de la menor LMG, contra la Unión Temporal Tolihuila y la Fiduprevisora S.A.

Magistrado Sustanciador:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil veinte (2020).

La Sala Octava de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Carlos Bernal Pulido, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva-Huila, en la acción de tutela instaurada por AGM como agente oficiosa de la menor LMG, contra la Unión Temporal Tolihuila y Fiduprevisora S.A.

I. I. ANTECEDENTES

Hechos

1. La señora AGM en calidad de agente oficiosa de su nieta menor de edad, promovió la presente acción de tutela para procurar el amparo de los derechos fundamentales a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de su agenciada, los cuales consideró vulnerados por parte de la Unión Temporal Tolihuila y la Fiduciaria la Previsora S.A.
2. En el escrito de tutela la accionante narró que es docente pensionada y se encuentra afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio administrado por la

Fiduprevisora S.A., siendo la IPS Unión Temporal Tolihuala S.A. la responsable de prestarle los servicios médicos.

3. Indicó que tiene el cuidado de su nieta desde el nacimiento, quien actualmente cuenta con cuatro años de edad.

4. Señaló que el 16 de julio de 2015, un mes después de nacer, la menor fue afiliada en salud al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como beneficiaria de su abuela.

5. Conforme lo asegura la accionante, la Fiduprevisora S.A. efectuó la depuración de la base de datos de los beneficiarios de los cotizantes docentes y desvinculó a la nieta por tener más de 30 días de nacida, en aplicación del manual de usuario (2017-2021).

6. A través de la Resolución No. 048 de 2 de noviembre de 2018 la Comisaría de Familia de Gigante Huila determinó que la custodia y cuidado personal de la niña seguiría en cabeza de su abuela.

7. Con fundamento en la resolución mencionada, el 16 de enero de 2019 la actora solicitó la afiliación de su nieta al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual se negó a vincularla aduciendo que la docente cotizante no tiene la custodia definitiva de la menor, lo que impide su inclusión como beneficiaria del régimen de excepción.

8. Dado lo anterior, la señora AGM acudió a la acción de tutela para que se le protejan los derechos fundamentales a la integridad física, a la salud, a la seguridad social y a la vida digna de su menor nieta, los cuales consideró vulnerados por parte de las entidades accionadas. En consecuencia, solicitó que se ordenara la afiliación de su nieta al Subsistema de Salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio como beneficiaria de los servicios médicos asistenciales a cargo de la institución prestadora de salud Unión Temporal Tolihuala.

Trámite Procesal

9. Mediante auto del 18 de junio de 2019 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva-Huila admitió la acción de tutela y dispuso notificar a la Unión Temporal Tolihuala y Fiduprevisora S.A. para que ejercieran sus derechos de defensa y contradicción.

Respuestas de las accionadas

10. La Unión Temporal Tolihuila-Sociedad Clínica Emcosalud de manera inicial aclaró que dicha entidad no es una EPS, sino una institución que tiene como única obligación prestar servicios de salud a los afiliados al régimen de excepción del Magisterio, conforme a la base de datos enviada por el Fomag. También afirmó, que no es la encargada de afiliar o desafiliar a los docentes y beneficiarios de estos, función que es responsabilidad de la Fiduprevisora S.A.

11. Expuso que la accionante se encuentra activa en la base de datos de Tolihuila en calidad de cotizante pensionada, y que la menor LMG al ser nieta de la accionante, gozó de su derecho de afiliación durante los primeros 30 días de nacida; pese a ello, por superar esa edad no es procedente la afiliación.

12. Anotó que la menor puede estar como beneficiaria en cualquiera de las empresas promotoras de salud en que se encuentren sus padres y afirmó, que la madre de la agenciada es cotizante en la EPS Sanitas.

13. Señaló que la menor está a cargo de la accionante, en virtud de la custodia provisional otorgada por la Comisaría de Familia; no obstante, indicó, que legalmente solo se permite incluir como beneficiarios del régimen de excepción a los menores de edad entregados al afiliado en custodia legal permanente.

14. Estimó que no es procedente la petición efectuada por la señora AGM, cuando los padres de la menor se encuentran cotizando al SGSSS. En consecuencia, solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de amparo.

15. La Fiduprevisora S.A. no se pronunció respecto de la presente acción.

Sentencia objeto de revisión

16. Mediante sentencia del 25 de junio de 2019, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva declaró improcedente la tutela argumentando que: (i) la señora AGM actúa a favor de su nieta sin manifestar el motivo por el cual interviene en representación de la menor, ni por qué los padres de la misma no presentan la acción de amparo, y; (ii) que no estaba probado que los padres de LMG ratificaran la actuación de la señora AGM en el trámite constitucional,

de conformidad con lo establecido por la Corte Constitucional. Además enfatizó que:

“la persona que dice actuar en favor de la menor (...) no acreditó la totalidad de los requisitos exigidos como sustanciales por la jurisprudencia constitucional, en la medida que no se corrobora en la actuación que los representantes legales de la menor (... Madre o ... Padre) se encuentran en imposibilidad física o mental para representar los derechos fundamentales de su menor hija, de donde se concluye que no puede tenerse como agente oficioso a la accionante [AGM], deviniendo por contera la improcedencia de la solicitud de amparo en tutela, por inexistencia de la legitimación por activa”.

17. La sentencia proferida en primera instancia no fue impugnada.

Pruebas que obran en el expediente

18. El despacho sustanciador recibió dos cuadernos que integran el expediente T-7.518.777, así: uno contentivo de las actuaciones de primera instancia, y otro correspondiente a las llevadas a cabo en sede de revisión. Las pruebas que obran en el expediente son las que a continuación se relacionan:

i. (i) Copia de la cédula de ciudadanía de la señora AGM.

() Copia del registro civil de nacimiento de LMG.

() Copia de la parte resolutive del acto administrativo emitido por la Unidad de Justicia y Comisaría de Familia en el que ordenan al padre de la menor LMG consignar a la señora AGM cuota de alimentos a favor de aquella.

() Certificación emitida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Trámite en sede de revisión

19. Por medio de auto del 16 de octubre de 2019 la Sala Octava de Revisión vinculó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a los padres de la menor, corrió traslado del asunto para que se pronunciaran sobre los hechos, pretensiones y allegaran las pruebas que consideraran pertinentes. Además, decretó la práctica de algunas pruebas con la finalidad de contar con mayores elementos de juicio, así:

ii) A la Comisaría de Familia de Gigante Huila se le indagó sobre los motivos que dieron lugar al otorgamiento de la custodia provisional de la menor a la abuela materna. Así mismo, se le solicitó que allegara copia integral del expediente de dicho trámite, e informara si existía un procedimiento en curso para determinar la custodia definitiva de la menor LMG.

iii) A la Fiduprevisora S.A., al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la Unión Temporal Tolihuila se les ofició con el fin de que señalaran la fecha en que la menor fue afiliada como beneficiaria al Fomag, la desafiliación y las razones que dieron lugar a la misma.

iv) A los padres de la menor, se les preguntó: (a) si en la actualidad viven con la menor LMG; (b) quiénes son las personas encargadas de su manutención; (c) las razones por las cuáles la niña no está afiliada al sistema de salud; (d) si en la actualidad ejercen la representación legal y/o patria potestad de la niña, y; (e) los motivos de no incluirla como su beneficiaria en el sistema de seguridad social en salud; debiendo informar además en qué régimen y a qué EPS se encuentran afiliados.

20. Adicionalmente, en la misma providencia se decretó a favor de la menor medida provisional consistente en su afiliación inmediata al subsistema de salud del magisterio, en calidad de beneficiaria de su abuela, por cuanto al verificar el estado de afiliación de la agenciada se evidenció que no estaba vinculada en el SGSSS en salud, y en el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encontraba retirada.

21. El 24 de octubre de 2019, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió el informe de cumplimiento al auto de 16 de octubre de 2019. Los documentos allegados en respuesta al proveído fueron los siguientes:

i) La Coordinación de tutelas de la Dirección de Gestión Judicial Fiduprevisora S.A. informó que al día 23 de octubre de 2019 la menor se encontraba afiliada en calidad de beneficiaria al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 16 de julio de 2015, con estado vigente.

Señaló que la Fiduprevisora S.A. suscribe contratos con entidades de servicios de salud, para que se encarguen de la prestación de los servicios médicos a los docentes y sus beneficiarios, indicando que en el caso bajo estudio, es la Unión Temporal Tolihuila. A la

respuesta allegó certificación del Fomag del 23 de octubre de 2019 en el que se encuentra el estado de afiliación de la menor LMG.

ii) El Comisario de Familia de Gigante Huila manifestó que el 17 de julio de 2017 recibió la petición presentada por la abuela de la menor, a través de la cual solicitaba una conciliación extrajudicial con los progenitores de su nieta para la “entrega voluntaria de custodia” de la niña; no obstante, la conciliación no pudo llevarse a cabo por inasistencia del padre de la menor, razón por la cual, la Comisaría quedó facultada para tomar decisiones provisionales.

Expuso que al percibir que la señora AGM no estaba segura de querer entregar en custodia a su nieta, consideró necesario investigar a fondo el caso, decretando varias pruebas; con las cuales pudo verificar que para ese momento, en el hogar de la madre de la menor, presuntamente existía violencia intrafamiliar y situaciones riesgosas, por lo que concluyó que la progenitora no era garante para disponer el cuidado de su hija.

Añadió que por medio de la Resolución 048 de 2018 decidió mantener la custodia y cuidado personal de la menor en cabeza de su abuela, acto administrativo que está ejecutoriado y en la actualidad se encuentra vigente. Finalmente, afirmó que no tiene conocimiento sobre la existencia de un proceso en la vía ordinaria referente a la custodia de la menor.

A la respuesta adjuntó copia del expediente de las diligencias adelantadas por la Comisaría de Familia de Gigante Huila en relación con la custodia de la menor.

iii) La accionante señaló que es pensionada del magisterio y se encuentra vinculada a la Fiduprevisora en el régimen especial en salud Emcosalud, hoy Tolihuila.

Anotó que su nieta fue afiliada como su beneficiaria al sistema de salud el 16 de julio de 2015 después de los 30 días de nacida, y desde enero de 2019 fue retirada del régimen especial de salud; sin embargo, actualmente está activa en Tolihuila en virtud de la medida provisional decretada por esta Sala.

Relató que desde que nació su nieta, ha tenido bajo peso y como consecuencia de ello ha sido atendida por pediatría y nutrición, y requiere controles odontológicos y, de crecimiento y desarrollo; por lo cual durante el tiempo en que la menor estuvo inactiva, los servicios de salud y la atención requerida fue sufragada de manera particular.

La señora AMG indicó que su hogar está conformado por sus hermanos y la menor.

Agregó, que la menor se encuentra a su cargo y no recibe apoyo económico de sus progenitores. Afirmó, que presentó denuncia por inasistencia alimentaria en contra del padre de la menor ante la Fiscalía Local de Gigante-Huila, ya que no cumple con dicha obligación.

Declaró que la madre de la menor terminó un estudio técnico de auxiliar contable en el Sena y actualmente se encuentra en proceso de selección para un curso de suboficiales administrativos del Ejército Nacional.

Expresó que no ha iniciado ningún trámite de custodia definitiva porque se halla a la espera de que su hija EGM tenga las condiciones socioeconómicas que le permitan recibir la custodia y cuidado personal de LMG.

Por último, indicó que al momento de instaurar la tutela actuó como agente oficiosa debido a que los padres, quienes ostentan la patria potestad de LMG, estaban ausentes.

A la respuesta adjuntó dos certificaciones emitidas por médico general y odontólogo en donde se observan atenciones médicas recibidas por la agenciada de forma particular, así mismo copia del control de vacunación y crecimiento y copia de la denuncia de inasistencia alimentaria en contra del padre de la menor.

1. %1.1. Los padres de la menor y el Fomag no se pronunciaron en relación con los hechos de la tutela, ni suministraron la información solicitada.

. CONSIDERACIONES

Competencia

1. 1. Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991. Decisión que se adoptará bajo una breve justificación de conformidad con lo reglado en el artículo 35 del Decreto en mención.

Planteamiento del problema jurídico

2. Atendiendo los antecedentes antes descritos y una vez se verifique el cumplimiento de los

parámetros de procedencia, corresponderá a esta Sala de Revisión responder el siguiente interrogante:

¿Se vulnera el derecho fundamental a la salud de una menor de edad, por parte de un administrador de un régimen especial de salud, al negarle la afiliación como beneficiaria de su abuela, con fundamento en que la custodia que sobre ella ostenta es transitoria y no definitiva?

3. Previo a resolver el problema planteado, la Sala analizará los siguientes temas: (i) el derecho a la salud de los menores de edad; (ii) la accesibilidad como elemento esencial del derecho a la salud; (iii) régimen exceptuado de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; (iv) generalidades de la custodia y el alcance de la custodia provisional en el derecho a la salud, y; (v) abordará el caso concreto.

El derecho a la salud de los menores de edad

4. El artículo 49 Superior, dispone que la atención en salud es un servicio público, y que el Estado debe garantizar a las personas, el acceso a la promoción, protección y recuperación de la salud.

5. En virtud del desarrollo jurisprudencial y posteriormente con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud fue reconocido como fundamental, autónomo e irrenunciable. Ahora bien, cuando de niños se trata, esta característica del derecho en mención no ha suscitado discusión alguna, pues se encuentra expresamente contenida en el artículo 44 de la Constitución, y establece la prevalencia frente a los derechos de los demás. En este sentido, en sentencia SU - 819 de 1999 la Corte señaló:

“El derecho a la salud en el caso de los niños, en cuanto derivado necesario del derecho a la vida y para garantizar su dignidad, es un derecho fundamental prevalente y por tanto incondicional y de protección inmediata cuando se amenaza o vulnera su núcleo esencial. En consecuencia, el Estado tiene en desarrollo de la función protectora que le es esencial dentro del límite de su capacidad, el deber irrenunciable e incondicional de amparar la salud de los niños.”

6. En efecto, la Ley 1751 de 2015 estableció como principio de este derecho fundamental, la

prevalencia de esta prerrogativa en los menores de edad, y dispuso su atención integral, ordenando al Estado implementar las medidas necesarias para ello, las cuales deben adoptarse de acuerdo a los diferentes ciclos vitales. Con ocasión del estudio de constitucionalidad de tal disposición la Corte en sentencia C-313 de 2014 indicó:

“El artículo 44 de la Carta, en su inciso último, consagra la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Este predominio se justifica, entre otras razones, por la imposibilidad para estos sujetos de participar en el debate democrático, dado que sus derechos políticos requieren para su habilitación de la mayoría de edad.

Esta consideración de los derechos del niño, igualmente encuentra asidero en el principio rector del interés superior del niño, el cual, ha sido reconocido en la Convención de los derechos del niño, cuyo artículo 3, en su párrafo 1, preceptúa que en todas las medidas concernientes a los niños, se debe atender el interés superior de estos(...)”

7. En igual sentido, el Legislativo por medio de la Ley Estatutaria también afirmó que la atención en salud de los niños, niñas y adolescentes no puede estar limitada bajo ninguna restricción administrativa o económica.

8. Precisamente, en el artículo 27 de la Ley 1098 de 2006 se había dispuesto previamente que, “[l]a salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún Hospital, Clínica, Centro de Salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño, niña que requiera atención en salud”, y en el artículo 29 de esa misma normatividad se especificó que la atención en salud es un derecho impostergable de la primera infancia, de la que hacen parte los niños y niñas de cero a seis años de edad.

9. Lo anterior es concordante con lo dispuesto en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, esto es, que ningún infante debe ser privado de su derecho al disfrute de los servicios sanitarios y los Estados deben asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria necesaria a todos los niños, haciendo énfasis en la atención primaria de salud.

10. Así las cosas, debe concluirse que, el derecho a la salud de los niños es fundamental y autónomo, con carácter prevalente, cuya atención no puede restringirse bajo parámetros

administrativos, económicos o limitantes internas de regulación de los prestadores y administradores de servicios.

La accesibilidad como elemento esencial del derecho a la salud

11. Son elementos esenciales de esta prerrogativa, la disponibilidad, la aceptabilidad, la calidad y accesibilidad, por lo cual el Estado debe propender por el respeto de cada uno de ellos en aras de garantizar esta prerrogativa fundamental, toda vez que los mismos se encuentran interrelacionados. Esta Corporación con respecto a tales elementos indicó en la sentencia C-313 de 2014 lo siguiente:

“En cuanto a los elementos, contenidos en los literales a, b, c y d del inciso 1º, cabe aludir a la comprensión que el legislador les ha dado en relación con el derecho a la salud. De un lado, se manifiesta que estos elementos están interrelacionados y, de otro, se les califica de esenciales. Para la Corte, estas connotaciones no riñen con la preceptiva constitucional, pues, esa calificación de esenciales e interrelacionados es la que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, les atribuyó en el párrafo 12 de la observación 14 a los mismos elementos. Para la Sala, la condición de esencial resulta importante en la medida en que a partir de dichos elementos se configura el contenido esencial del derecho, el cual aparece como un límite para las mayorías, de tal modo que decisiones del principio mayoritario que cercenen alguno de estos elementos pueden eliminar el derecho mismo y por ello deben ser proscritas del ordenamiento jurídico.

Por lo que tiene que ver con la interrelación, estima la Corte que es perfectamente explicable, dado que la afectación de uno de los 4 elementos, pone en riesgo a los otros y, principalmente, al mismísimo derecho. Si bien es cierto, se trata de elementos distinguibles desde una perspectiva teórica, todos deben ser satisfechos para lograr el goce pleno del derecho”.

12. La accesibilidad, es un presupuesto para el goce del derecho a la salud a toda la población y hace referencia a que las tecnologías deben estar al alcance de todos. En efecto, de acuerdo a lo establecido en la Ley Estatutaria en Salud, y en consonancia con la Observación No. 14, la accesibilidad enmarca las siguientes cuatro dimensiones: (i) no discriminación, que consiste en que los servicios deben ser accesibles, de hecho y de derecho a la población más vulnerable; (ii) accesibilidad física, la cual se refiere a que los

servicios de salud deben estar disponibles, desde el punto de vista geográfico, a todos los sectores de la población; (iii) accesibilidad económica, que implica que los pagos por servicios de atención en salud se basen en el principio de la equidad a fin de asegurar que estén al alcance de todos, y (iv) acceso a la información, que comprende el derecho de solicitar y recibir datos a temas relacionados con este derecho.

13. En esta materia, para acceder a los servicios y tecnologías en salud cubiertas por el SGSSS o en los diferentes regímenes exceptuados o especiales, es necesario encontrarse afiliado a ellos, motivo por el cual los obstáculos administrativos se constituyen en una barrera de acceso.

Con respecto a este punto, la Corte en la sentencia T-635 de 2007 indicó:

“De los principios que inspiran el sistema de seguridad social en Colombia, se desprende el derecho a estar afiliado al sistema de seguridad social en salud, con el consecuente acceso efectivo a las prestaciones que el derecho a la salud garantiza. A pesar de que gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha dedicado a determinar las reglas de protección de las mencionadas prestaciones, debe tenerse en cuenta que un presupuesto esencial para que sea viable esta protección consiste en procurar una garantía a priori, cual es la de estar dentro del sistema. La estructura del sistema de seguridad social, en general, y de salud, en particular, en nuestro país convierte lo anterior en una condición necesaria para hacer posible el acceso a los servicios de salud, pues el sistema está diseñado para ofrecer sus prestaciones a favor de aquellas personas que lo conforman.

De este modo, las herramientas jurídicas para lograr la protección del derecho a la salud, resultan inocuas para quienes no forman parte del sistema. De ahí, que cobre enorme relevancia constitucional la efectividad de aquellos mecanismos para alcanzar la inclusión en dicho sistema.

La situación de las personas que se encuentran excluidas es más urgente respecto de conseguir una protección efectiva de su derecho fundamental a la salud. Mientras que quienes forman parte del sistema deben agotar el procedimiento tendiente a la garantía de alguna prestación en materia de salud, quienes están excluidos del sistema de seguridad social en salud deben, primero, lograr la satisfacción de los requerimientos para ingresar al sistema para, luego, aspirar a que se tomen las medidas concretas necesarias para que se

proteja su salud. Por ello, el evento consistente en estar incluido en el sistema es un derecho, que obra como condición para garantizar el cumplimiento de las prestaciones que constituyen la prestación del servicio a la salud. Sin la garantía efectiva de dicho derecho, no es posible a su vez la garantía del contenido específico del derecho fundamental a la salud.” (Se resalta).

14. Teniendo en cuenta que una de las formas de materialización del derecho a la salud es a través de la afiliación, ya que sin ella no es posible hacer uso de las prestaciones cubiertas por el sistema; se debe concluir que se transgrede la dimensión de no discriminación del principio de accesibilidad, no solo cuando se impide el suministro de una determinada tecnología o servicio, sino también al imponer barreras para el ingreso al SSSS, vulnerando de esta forma tal derecho fundamental.

Lo anterior cobra mayor relevancia cuando a quien se le impide el ingreso al sistema es un menor de edad, toda vez que además de desconocer la prevalencia de la cual goza su derecho, se le priva de acceder a los servicios enunciados en la Resolución 3280 de 2018 del Ministerio de Salud, que dispone que en la primera infancia, requieren ser valorados por crecimiento y desarrollo; estado nutricional y antropométrico; las prácticas alimentarias; las estructuras dentomaxilofaciales y su funcionalidad; la salud auditiva, comunicativa, visual, sexual, mental; la dinámica familiar como apoyo al desarrollo integral; el contexto social, las redes de apoyo social y comunitario, la verificación del esquema de vacunación, el suministro de micronutrientes, y la desparasitación intestinal.

15. Adicionalmente, conforme a la anterior normatividad, los niños a los cuatro años de edad deben recibir atención por profesional de enfermería; así mismo, una vez al año a partir de los seis meses, se les debe prestar el servicio de atención en salud bucal por profesional de odontología; igualmente, de manera semestral, a partir del año de edad, tienen que aplicarles barniz de flúor, profilaxis y remoción de placa bacteriana; así como sellantes según criterio profesional, a partir de los 3 años de edad. De la misma manera, a partir de los dos años de edad, deben recibir anualmente, dos veces, suplementación con nutrientes y desparasitación intestinal antihelmíntica.

16. En atención a lo expuesto, la accesibilidad es un elemento esencial del derecho a la salud, y su quebrantamiento afecta el goce de esta garantía, que se ve afectada no solo

cuando hay una falta de suministro de servicios y tecnologías; si no también, y con mayor relevancia e impacto, cuando se niega o dilata la afiliación al sistema de menores de edad.

Régimen exceptuado de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

17. El Sistema Integral de Seguridad Social se rige por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones; no obstante, conforme al artículo 279 de aquella normatividad, no se aplica a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, quienes se encuentran cobijados por un régimen exceptuado.

18. Es preciso indicar que el régimen de los cotizantes y beneficiarios al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, fue creado por la Ley 91 de 1989 como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, el cual tiene entre sus objetivos el de garantizar la prestación de los servicios médico-asistenciales a sus afiliados. Los recursos del Fondo son manejados por la Fiduprevisora S.A., quien debe contratar a distintas IPS para la prestación de los servicios de salud.

19. El Fomag cuenta con un Consejo Directivo, que se encarga de determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, por lo tanto, es el responsable de establecer las coberturas, las condiciones en que se presta el servicio y los beneficiarios de ese régimen especial.

20. Ahora, si bien el Fondo tiene la facultad de establecer las políticas en materia de salud para sus miembros, eso no implica que éstas puedan desconocer los principios y garantías contenidos en los artículos 48 y 49 de la Constitución.

21. Sobre este particular la Corte ha sostenido, que la existencia de los regímenes exceptuados, como lo es, el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no desconoce los principios constitucionales, en especial al de igualdad, siempre y cuando las normas que rigen a este mejoren las condiciones de sus miembros y no le sean desfavorables en relación con el régimen general.

22. Lo anterior, toda vez que esa regulación debe estar acorde con los parámetros legales y

constitucionales vigentes, tal como lo ha señalado esta Corporación. Así, en sentencia T-515A de 2006 la Corte puntualizó que, si bien en materia de seguridad social en salud, los afiliados al Fomag no se rigen por la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones, si no por las leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, “la excepcionalidad del régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”.

Igualmente, en providencia T-1028 de 2006 al reiterar la sentencia T-515A de 2006 señaló que “el carácter excepcional del régimen de seguridad social indicado, no implica en manera alguna -ha dicho la Corte-, que los principios generales de la seguridad social queden por fuera de su regulación”.

23. Ahora bien, en el caso particular de la regulación que rige a los afiliados al Fomag en materia de salud, observa la Sala que entre los beneficiarios del cotizante no se contempla a los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente, los cuales sí están incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social en Salud.

24. Teniendo en cuenta la diferencia de trato que se desprende de ambas normatividades, estima la Corte oportuno hacer un análisis para determinar si el mismo genera un desconocimiento del principio de igualdad. La relevancia de tal evaluación parte de considerar que los sujetos regulados por ambos regímenes son susceptibles de ser comparados, si se tiene en cuenta que en los dos casos, (i) se está frente a niños destinatarios de una medida de protección, como lo es, la custodia, (ii) su reconocimiento como beneficiarios es un instrumento necesario para acceder a las prestaciones en materia de salud y (iii) las personas a cuyo cargo se encuentra la custodia se hallan afiliadas al sistema de salud.

La diferencia de trato, como se señaló con anterioridad, se concreta en el hecho de que en el régimen general de seguridad social en salud, los niños, niñas y adolescentes dados en custodia, hacen parte del grupo familiar de quien la ejerce, la cual no ocurre en el del Fomag, toda vez que de la normatividad establecida para tal régimen no se observa que estos menores de edad se encuentren incluidos como beneficiarios del cotizante afiliado.

En atención a la afectación del mandato de trato igual entre grupos de personas cuyas similitudes son más relevantes que sus diferencias, es procedente determinar si la distinción

está justificada. Para ello es necesario la aplicación de un juicio integrado de igualdad de intensidad estricta en tanto la medida afecta el derecho fundamental a la salud de los niños que, constitucionalmente, son considerados sujetos de especial protección. En esa dirección este Tribunal debe establecer si la diferencia existente (i) persigue un propósito constitucional imperioso, (ii) es efectivamente conducente y necesaria para alcanzarlo y, finalmente, (iii) si es estrictamente proporcionada.

La Corte encuentra que la medida bajo examen no supera ni siquiera el primer presupuesto, toda vez que no se evidencia ningún propósito o razón que pueda justificar que los niños bajo custodia de una persona afiliada al régimen del Fomag no puedan ser beneficiarios en salud de esta última. De hecho esta medida le impide a los menores acceder a los servicios de salud y, a las personas que los tienen bajo su cuidado, ejercer los deberes jurídicos de protección de sujetos que, se insiste, son destinatarios de una especial protección constitucional.

25. Por tal razón, la Sala considera que se desconoce el principio de igualdad de los afiliados al Fomag al no incluirse a estos niños y adolescentes como beneficiarios, toda vez que tal situación representa una desmejora frente a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud; el desconocimiento del interés prevalente de los menores; así como de los principios de solidaridad, universalidad, al no tener en cuenta la necesidad de ampliar la cobertura del sistema a favor de los menores otorgados en custodia legal; y el de accesibilidad al ser obstaculizada su afiliación.

Y posteriormente en sentencia T- 177 de 2017 señaló que “[L]os menores de edad, entregados en custodia legal por la autoridad competente, tienen derecho ser incluidos al Subsistema de Salud del Magisterio, en calidad de beneficiarios de los docentes cotizantes encargados de su cuidado, pues, de lo contrario se desconocen los principios de igualdad, solidaridad, acceso al sistema de seguridad social y los derechos fundamentales de protección que deben garantizarle a los niños, niñas y adolescentes”.

26. En este orden ideas, y con el propósito de que el régimen exceptuado del Fomag, no desconozca los principios de los derechos a la seguridad social y a la salud, se debe hacer una interpretación sistemática del precepto normativo, y considerar incluidos como beneficiarios del subsistema de salud, a los menores entregados en custodia legal por

autoridad competente a alguno de sus afiliados, figura respecto de la cual se hará un breve desarrollo a continuación.

Generalidades de la custodia y el alcance de la custodia provisional en el derecho a la salud

27. La custodia es el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes que en virtud de lo señalado por esta Corporación “se traduce en el oficio o función mediante la cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente”.

28. Conforme al artículo 253 del Código Civil y 23 del Código de Infancia y Adolescencia, la custodia de los niños, en principio le corresponde a los padres, y se extiende a las demás personas que convivan con ellos. No obstante, el artículo 254 del Código Civil señala que en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres se puede confiar el cuidado personal de los hijos a otras personas, en virtud de la prevalencia de sus derechos.

29. Ahora, si bien en principio la custodia está encomendada a los progenitores, en aras del interés superior del menor, también se puede otorgar a una persona distinta, que será la encargada de brindarle todas las condiciones necesarias para que tenga un desarrollo y crecimiento integral, por ende, quien la recibe le debe ofrecer una crianza y educación adecuada, entre otras obligaciones, toda vez que al ejercerla se asumen los mismos deberes de los padres.

Con respecto a este punto la Corte en sentencia T-325 de 2016 anotó que:

“[L]a figura de la custodia se debe entender como una medida de protección en los términos del Código de Infancia y Adolescencia (...). Esta medida busca retirar al niño o niña de la actividad que vulnere sus derechos y tiene la particularidad de que quien ostenta la custodia comparte las obligaciones y deberes derivadas de la patria potestad y la responsabilidad paternal. En otras palabras, aunque se pueda considerar como una medida provisional, el ejercicio de la custodia implica el cuidado y crianza del menor de edad por lo que a quien la ejerce por mandato de una autoridad le corresponde garantizar el grado de bienestar máximo del niño.” (Se resalta).

30. De otro lado, la custodia puede ser acordada a través de conciliación judicial o

extrajudicial, o decidida en el trámite de un proceso administrativo de restablecimientos de derechos, o en única instancia en un juzgado de familia. El proceso administrativo de restablecimiento de derecho en principio le corresponde al defensor de familia; no obstante, el comisario de familia también puede definirla provisionalmente en los casos de violencia intrafamiliar y cuando en el municipio no hubiere defensor de familia.

En este orden de ideas, cuando la custodia es entregada a una persona distinta a los padres, es deber de quien la asume proporcionarle al menor todas las garantías necesarias, entre ellas, la atención en salud, en cumplimiento del propósito de restablecimiento de los derechos implícitos en ella.

31. Por consiguiente, si bien en principio corresponde a los padres, afiliar a sus hijos al sistema de salud en el ejercicio de la patria potestad, cuando el menor ha sido entregado en custodia a una persona diferente a sus progenitores, es deber de ésta afiliarlo al sistema de salud, en cumplimiento del propósito de las medidas de restablecimiento.

Presentación del caso concreto y solución de los problemas jurídicos

32. La señora AGM en calidad de agente oficiosa de su nieta instauró acción de tutela en contra de la Unión Temporal Tolihuila y la Fiduprevisora S.A., al considerar que vulneran los derechos fundamentales de su agenciada, al negarle la afiliación al sistema de salud del Fomag, como su beneficiaria. LMG es una menor de cuatro años que se encuentra bajo la custodia y cuidado personal provisional de su abuela en virtud de resolución emanada de una comisaría de familia.

El juez de primera instancia declaró improcedente la acción al considerar que la accionante no manifestó las razones por las cuales interviene en favor de la menor.

Cuestión preliminar

33. Antes de resolver el asunto en cuestión, es preciso señalar que, si bien la Fiduprevisora S.A. indicó en sede de revisión, que la menor se encuentra afiliada al sistema de salud del Fomag desde el 16 de octubre de 2015 con estado actual activo, de las pruebas obrantes en el expediente y conforme al relato de los hechos plasmados en la presente providencia, se advierte que la activación de la afiliación se efectuó con posterioridad a la medida provisional

decretada, por lo tanto, esta situación obedece al cumplimiento de tal orden judicial contenida en el auto del 16 de octubre de 2019. Dado lo anterior considera la Sala que debe emitirse un pronunciamiento de fondo que permita determinar si la actuación por medio de la cual se dispuso inicialmente la desafiliación de la menor se encuentra ajustada a la Constitución o si por el contrario desconoció sus derechos de carácter fundamental.

Procedencia de la acción

34. A continuación, la Sala analizará el cumplimiento de los presupuestos de procedencia de la acción teniendo en cuenta el contenido de la decisión de instancia que en esta oportunidad se revisa.

Esta Corporación ha dispuesto como presupuesto para la procedencia de la agencia oficiosa (i) la manifestación del agente de actuar de tal manera y, (ii) la imposibilidad del titular del derecho fundamental de ejercer su propia defensa.

Ahora bien, conforme al artículo 44 Superior cualquier persona está en la posibilidad de presentar la acción de amparo para proteger los derechos fundamentales de los niños y niñas, siempre y cuando en el libelo conste la inminencia de la vulneración.

En el caso objeto de estudio, la Sala encuentra que se cumple con los requisitos de la figura mencionada, debido a que en el escrito de tutela la señora AGM indica de manera clara, que actúa como agente oficiosa de LMG, menor con cuatro años de edad y de quien le fue entregada su custodia y cuidado personal; de responsabilidad que le impone una serie de deberes tendientes a garantizar su bienestar, entre ellos el de afiliación al sistema de salud.

Por lo tanto, la Sala considera que el examen realizado por el juez de instancia para declarar improcedente la acción fue ligero, toda vez que no tuvo en cuenta: (i) que LMG es una niña de cuatro años de edad que carece de capacidad para ejercer la defensa de sus intereses; (ii) que su abuela ostenta la custodia de la menor, situación puesta de presente en el hecho número tres de su escrito de tutela y reconocida por la Unión Temporal Tolihuila al contestar la presente acción y; (iii) que la falta de afiliación al sistema pone en riesgo la salud de una menor de edad. Desconociendo con ello el artículo 44 de la Constitución y la reiterada jurisprudencia de la Corte en ese sentido. En efecto esta Corporación ha entendido que cualquier persona puede presentar la acción de amparo a favor de los menores de edad, es

así que de antaño la sentencia T-462 de 1993 puntualizó que:

“Cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño, no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, vgr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”.

Igualmente la sentencia T-408 de 1995 indicó que: “la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que cualquiera persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o la ausencia de representante legal”. En ese sentido esta Corporación se pronunció en las sentencias T-482 de 2013, T-551 de 2014, T-270 de 2016, T-196 de 2018, entre otras.

36. Legitimación por pasiva. En cuanto a la legitimación por pasiva, se considera que el contradictorio está conformado en debida forma al estar integrado por la Unión Temporal Tolihuila y Fiduprevisora, entidades que posiblemente vulneraron los derechos fundamentales de la menor.

Además, en sede de revisión se dispuso la vinculación al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio por cuanto los hechos de la tutela lo involucra por ser el encargado del régimen exceptuado del Fomag, situación que podría hacerlo responsable de la atención en salud de la menor agenciada.

Por lo tanto, en el caso objeto de estudio se acredita el cumplimiento del presupuesto de legitimación tanto por activa como por pasiva.

37. Inmediatez. Esta Corporación de tiempo atrás ha señalado que la acción de tutela debe interponerse en un tiempo oportuno y justo, a partir del momento en que ocurre la situación que presuntamente vulnera o amenaza el derecho fundamental.

Lo anterior, debido a que la acción de amparo es un mecanismo de protección inmediata y efectiva de derechos fundamentales, y presentarla después de un tiempo considerable desde la ocurrencia del hecho vulnerador, desconocería la finalidad del mecanismo. Es preciso señalar que la Corte ha indicado, que le corresponde al juez constitucional determinar en cada caso concreto la oportunidad en la presentación de la acción.

Con respecto a este presupuesto, la agente oficiosa señaló que el 16 de enero del año en curso solicitó la afiliación de su nieta al sistema de salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales, la cual le fue negada mediante comunicado de 11 de febrero de 2019, y la acción de amparo bajo examen fue presentada el 10 de junio de 2019, es decir cuatro meses después de ésta.

Por lo anterior se considera satisfecho el requisito de la inmediatez, toda vez que la acción se instauró en un tiempo considerable, y para el momento de su interposición se seguía afectando el derecho a la salud de la menor de edad.

38. Subsidiariedad. Este presupuesto implica se hayan agotado todos los mecanismos establecidos legalmente para resolver el conflicto, salvo: i) cuando la acción de amparo se interpone como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable; y ii) cuando se demuestre que la vía ordinaria no resulta idónea o eficaz para la protección de los derechos fundamentales.

En el caso objeto de estudio se evidencia que la accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial, en virtud a que la Superintendencia de Salud no tiene competencia para resolver conflictos relacionados con la negativa de afiliación, por lo que la acción de tutela se constituye en el medio de defensa judicial efectivo para la protección de las prerrogativas de LMG. Además, en el presente asunto se pretende la protección del derecho fundamental a la salud de un sujeto de especial protección, al que se le ha negado la afiliación al sistema. En consecuencia, se tiene por superado el presupuesto de subsidiariedad, y en general el examen de procedibilidad de la acción de tutela.

39. De las pruebas obrantes en el expediente se observa que la agenciada efectivamente fue entregada en custodia provisional por parte de la Comisaría de Familia de Gigante-Huila, a su abuela materna mediante Resolución 048 de 2018, al evidenciar que los padres biológicos no eran garantes para asumir su cuidado debido a que presentaban una situación de conflicto

interno, violencia intrafamiliar, inestabilidad económica y emocional; resolución que se encuentra ejecutoriada y vigente.

40. Ahora bien, es preciso indicar que con independencia de si los padres se encuentran afiliados al SGSSS, la obligación de cuidado está en cabeza de la abuela, a quien una autoridad competente le otorgó la custodia, luego de determinar que los progenitores no eran garantes para asumir el cuidado de su hija.

41. Por lo tanto, en atención al desarrollo normativo y jurisprudencial le corresponde a la accionante, al ostentar la custodia de la menor, cumplir con todas las obligaciones propias de la familia tendientes a garantizar sus derechos, entre las que se encuentra la inclusión en el sistema de salud y de seguridad social, así como propender por que la menor acuda a los controles periódicos; toda vez que este es el fundamento de la medida de restablecimiento para con la menor, adoptada tras considerar que los padres no eran garantes del interés superior de la infante.

42. A lo anterior debe agregarse, que si bien en el régimen exceptuado de los afiliados al Fomag, no se encuentran incluidos como beneficiarios los menores entregados en custodia legal por autoridad competente, en aras a evitar una transgresión a los principios de igualdad, solidaridad, universalidad, accesibilidad, debe hacerse una interpretación sistemática, en la que se haga extensiva a este grupo poblacional la norma del Sistema General de Seguridad Social en Salud que así los incluye, conforme lo expuesto en la sentencia T-177 de 2017 y en los acápites 23 a 26 de las consideraciones de este proveído.

Toda vez, que como se señaló en el numeral 24 de la presente providencia, la Corte encontró que no se observa ningún fundamento o razón del por qué los niños bajo custodia de una persona afiliada al régimen del Fomag no puedan formar parte del grupo familiar en salud de esta última, lo que no supera ni siquiera el primer presupuesto del juicio integrado de igualdad de intensidad estricta. Además de que tal medida impide a los menores acceder a los servicios de salud y, a las personas que los tienen bajo su cuidado, ejercer los deberes jurídicos de protección de personas que, se insiste, son destinatarios de una especial protección constitucional.

43. Ahora bien, en relación a la negativa de afiliar a la menor como beneficiaria de su abuela, con el argumento de no tener ésta la custodia definitiva sino provisional de su nieta, es

preciso indicar que el numeral i) del artículo 163 de la Ley 100 de 1993 señala que hacen parte del núcleo familiar del afiliado cotizante “los menores entregados en custodia legal por autoridad competente” sin que la norma haga diferenciación o distinción, por el tipo de custodia otorgada. Por lo tanto, no pueden los administradores de los regímenes sea general o especial hacer una diferencia del tipo de custodia cuando la normatividad no lo hace, más aún cuando se está poniendo en riesgo la salud del menor y de esta forma se desatiende su interés superior.

44. Con respecto, a este punto en sentencia T-325 de 2016 se estudió el caso de una menor de edad entregada en custodia por el ICBF a su prima hermana, a quien la EPS le negó la afiliación como beneficiaria de esta última, con fundamento en que “el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, señala que sólo puede reconocer dicha prerrogativa a favor de los niños sobre los cuales se tenga la patria potestad por vínculos biológicos o mandato legal o por la entrega de su custodia al cotizante de manera permanente”. En esa oportunidad, la Sala Quinta de Revisión indicó que la interpretación realizada por la EPS violaba los artículos 44 y 49, y señaló que la norma no distingue entre la custodia provisional o definitiva, y solo condiciona la calidad de beneficiaria a que sea otorgada por autoridad competente. En esa oportunidad la Corte estableció que:

“(i) cuando se trata de la protección del derecho a la salud de los niños y niñas, concurren las responsabilidades de los padres, o guardianes legales que ejercen su custodia, y las autoridades públicas; y (ii) estas obligaciones derivadas del deber de cuidado se extienden a quienes ostentan su custodia por decisión provisional del Defensor de Familia, bajo sus competencias legales y en aplicación de las diferentes medidas de restablecimiento de derechos contempladas en el Código del Menor. En ese sentido, sobre estas personas también se aplican las cargas asociadas a la responsabilidad parental”. (Se resalta).

45. En este orden de ideas, la negativa de Fomag de afiliar a LMG como beneficiaria de AGM por no estar bajo custodia definitiva de su abuela cotizante se constituye en una barrera administrativa que impide el acceso a los servicios de salud, y en consecuencia al goce efectivo de este derecho fundamental, transgrediendo de esta manera la dimensión de no discriminación del principio de accesibilidad, debido a que se obstaculiza el ingreso al sistema de salud a una menor de edad dada en custodia provisional, sin que exista una razón o un propósito imperioso que justifique porqué los niños entregados bajo esta modalidad de

custodia no pueden ser beneficiarios de la persona que lo tiene bajo su cuidado, siendo que en ambos casos se trata de niños destinatarios de la medida de protección de custodia otorgada por autoridad competente. Adicionalmente, impide que la agente oficiosa cumpla con los deberes propios derivados de aquella.

46. La Sala de Revisión considera que la decisión de desafiliar a la menor adoptada por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio bajo el argumento de que la cotizante solo tiene su custodia de manera provisional, desconoce sus garantías constitucionales, y atendiendo a que el estado actual de afiliación se debe a que se concretó el cumplimiento de una medida provisional emitida por esta Sala, que de no ser reafirmada podría generar de nuevo la desafiliación, se estima necesario tutelar los derechos de LMG y en consecuencia ordenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mantener activa su afiliación en el Subsistema de Salud de Fomag en calidad de beneficiaria de la señora AGM, durante el tiempo en que la custodia de la menor permanezca a su cargo.

47. Ahora bien, tomando en consideración que no es la primera ocasión en que el Fomag impide la afiliación de los menores entregados en custodia provisional, se le prevendrá para que se abstenga de incurrir en la misma conducta vulneradora que dio origen a la presente acción de tutela.

48. Igualmente, se le ordenará a la Superintendencia que en cumplimiento de su función de inspección, vigilancia y control inicie las investigaciones a que hubiere lugar con ocasión de los hechos analizados en el presente asunto.

49. Por último, se exhortará al juez de instancia para que en lo sucesivo, atienda el artículo 44 Superior y el precedente constitucional sobre la facultad de cualquier persona de interponer acción de tutela a favor de los menores de edad, toda vez que al decidir sobre la solicitud de amparo bajo análisis, se abstuvo de estudiarla de fondo por considerar que la accionante carecía de legitimación en la causa por activa, lo que desconoce abiertamente dicho precepto normativo y el mencionado precedente constitucional.

. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo, y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva-Huila del 25 de junio de 2019, que declaró improcedente la acción de tutela invocada. En su lugar, conceder la protección del derecho fundamental a la salud de la menor LMG.

Segundo: Ordenar al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mantener activa la afiliación de la menor a su Subsistema de Salud en calidad de beneficiaria de la señora AGM durante el tiempo en que la custodia de la menor permanezca a su cargo.

Tercero: Prevenir al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en la acción vulneradora que dio lugar a la tutela de los derechos de LMG.

Cuarto: Ordenar a la Superintendencia Nacional de Salud que en cumplimiento de su función de inspección, vigilancia y control inicie la investigación correspondiente con ocasión de los hechos que dieron lugar a la presente acción de tutela.

Quinto: Exhortar al juez de instancia para que en lo sucesivo, atienda el artículo 44 Superior y el precedente constitucional sobre la facultad de cualquier persona de interponer acción de tutela a favor de los menores de edad.

Sexto: Líbrese por la Secretaría General de la Corte Constitucional las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General